

Aborto humanitário. Autorização judicial

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA

Professor de Direito e Processo Penal
Procurador de Justiça — GO

SUMÁRIO: 1. Considerações sobre o aborto. 2. Aborto legal: aborto terapêutico e aborto sentimental. 3. A figura da autorização judicial. Exigência. 4. A autorização judicial teria eficácia descriminalizante? 5. Conclusões.

1. Considerações sobre o aborto

Aborto, palavra derivada de *abo-ortus*, tem o significado de privação do nascimento. Entende-se por aborto a interrupção voluntária da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, escreve o Professor Paulo José da Costa Júnior, citando preciosa bibliografia, vinda de Florian, Miceforo e Pende (01)

A conceituação típica do aborto, em nossa legislação (art. 124, CP), guarda inteira correspondência com a posição acima enunciada: "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque." Não importa, para o nosso legislador, a fase de desenvolvimento em que se encontre a gravidez da mulher, isto é, se o aborto é ovular, embrionário ou fetal, como se exige em alguns códigos penais alienígenas.

O aborto só alcança a satisfação do requisito da tipicidade se a gravidez já atingiu certa faixa etária, medida por meses ou por semanas. Não participa, entre nós, dos atributos da tipicidade, essa elementar requerida alhures.

O aborto, etimologicamente conceituado, seria o produto morto da concepção, esta resultante de conjunção carnal, enquanto que o ato de abortar, que nossa legislação especifica denomina de aborto, seria o abortamento.

O aborto, como ato de abortar, seria classificado, na perspectiva da doutrina, onde pontifica Júlio Fabbrini Mirabete, em espontâneo ou natural (causado por problemas de saúde da gestante), acidental (nos casos de queda, atropelamento etc.) e **provocado** que é a forma de aborto, que se qualifica como criminosa ou legal, arts. 124/128, CP (02)

A classificação do delito que motiva o presente trabalho é a do aborto provocado, traduzida em rica variedade típica, encontrada na parte especial de

nosso Código Penal, bifurcando-se em hipóteses proibidas (arts. 124/127, CP) e permitidas (art. 128, I e II, CP).

Segundo estudo do último autor citado, as causas do aborto criminoso são múltiplas, podendo descartar-se as de natureza econômica, moral ou individual: vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade.⁽⁰³⁾

Sobre a figura do aborto permitido, parte do objeto desse trabalho, o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal traz necessárias e oportunas inovações, que veremos nos tópicos seguintes.

2. Aborto legal: terapêutico e sentimental

Na parte especial de nosso Código Penal (arts. 121/361) aparecem, ao lado de uma extensa tipologia incriminadora, exemplos de tipos permissivos, alguns deles se aperfeiçoando com a exigência de capacidade especial do sujeito ativo: o aborto terapêutico e o sentimental ou humanitário (art. 128, II, CP), cujo sujeito ativo deve ser médico, sob pena de descaracterizar-se, são alguns dos modelos, presentes em nosso código. Só o profissional da medicina, por exigência típica, pode provocá-los. Na moldura do tipo permissivo escreve-se o requisito especial: ser o tipo realizado por médico, desde que acompanhado das demais elementares previstas.

Ocorre exclusão de ilicitude, exclusão especial, quando o aborto é praticado por médico e não há outro meio de salvar a vida da gestante. É o chamado aborto terapêutico ou necessário, cujos limites confinam com a necessidade de salvar a vida da gestante.

No aborto necessário ou terapêutico, obra do médico, com o escopo de salvar a vida da gestante, o tipo penal correspondente é resumido, sintético no que tange à exigência de autorização: ele não fala, é omissivo sobre tal requisito. O médico, sujeito ativo do fato, é o juiz único de sua oportunidade, respondendo por qualquer desacerto, porventura ocorrente. Nem mesmo a opinião da gestante, ainda que capaz, é invocada como parcela do tipo permissivo. O médico não está, assim, vinculado a qualquer opinião estranha a sua.

Já o aborto por indicação ética, o conhecido aborto sentimental ou humanitário, tem a exclusão da ilicitude condicionada ao requisito do consentimento prévio da gestante ou de seu representante legal, quando a mesma for incapaz de consentir.

O aborto sentimental, na previsão do Código Penal (art. 128, II, CP), erige-se também em causa especial de exclusão de ilicitude, desde que realizado por médico, a gravidez da gestante seja resultado de estupro (art. 213, CP).

Por influência da doutrina, o anteprojeto em discussão amplia o âmbito da justificativa, inserindo-se, neste rol, mais a figura do atentado violento ao pudor (art. 214, CP), que vem no art. 228 do anteprojeto mencionado.

Os autores nacionais, por expressiva maioria, já acolheram a ampliação acima, amparados no recurso à analogia *in bonam partem*, admissível por não ser alcançada pela proibição do artigo primeiro (1.º) do Código Penal.

No exercício do magistério superior, já defendíamos, faz algum tempo, um elastério maior na aplicação da analogia para incluir outras figuras penais, cuja realização pode resultar na gravidez da vítima como a posse sexual mediante fraude (art. 215, CP) e o Atentado ao Pudor Mediante Fraude (art. 216, CP). O anteprojeto, infelizmente, descriminaliza as duas condutas acima mencionadas, descriminalização que reflete, principalmente em relação à figura penal do art. 215, CP, nossa realidade social.

Antes de encerrar a referência à participação da doutrina, vale a pena lembrar que o Professor James Tubenchlak, em sua mais recente obra, já em segunda edição, dentro do ano em curso, Tribunal do Júri — Contradições e Soluções, pág. 33, escreveu: Por analogia *in bonam partem*, é válida a inclusão de prenhez decorrente de outro delito contra a liberdade sexual (arts. 214, 215 e 216, CP) (04). A Polônia, recentemente, vem de descriminalizar o aborto, quando a gravidez é resultante de crime.

3. Autorização judicial. Exigência

O aborto necessário, provocado por médico para salvar a vida da gestante, à míngua de outro recurso, não suscita, na doutrina nem usa jurisprudência, qualquer indagação a respeito da necessidade de consentimento ou autorização de alguém para sua realização. A problemática suscitada por esse requisito prévio, necessário ou não ao aperfeiçoamento do tipo permissivo, surge, apenas, a partir do aborto realizado para interrupção da gravidez, resultante de estupro.

Na próxima legislação, se convertido em lei o anteprojeto que circula nos meios universitários, só o "aborto" fundado em probabilidade, atestada por dois médicos de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, dependerá de prévio consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge (art. 128, III).

Como se depreende dos textos legais transcritos, referentes aos casos de aborto permitido condição prévia que aparece é a que provém do consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz, a mesma, de consentir.

O médico que atende a mulher, quando a gravidez é resultante de Estupro, Atentado Violento ao Pudor, Posse Sexual Mediante Fraude (os dois últimos tipos pela aplicação da analogia) pratica comportamento típico, mas conforme o direito, quando provoca o aborto com o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

A autorização judicial, cuja exigência a imprensa nacional tem emprestado tanto destaque nos mais variados recantos do País, é figura absolutamente alheia, estranha aos requisitos da tipicidade especial, insculpidos na moldura da norma descrita no art. 128, I e II CP.

A vítima de crime de estupro, quando capaz, ou o seu representante legal, na hipótese contrária, postula a referida autorização judicial, o magistrado ouve o Ministério Público, "decidindo" a seguir, pela autorização ou negativa da realização do aborto requerido.

Não procede, por absoluta ausência de respaldo legal, a prática forense referida. O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, instado a manifestar-se deve recusar-se a fazê-lo, aproveitando, porém, a oportunidade para impugnar a competência do juiz, dada a incompatibilidade de atuação jurisdicional do Estado. Defeso é, ao representante do *Parquet*, manifestar-se pela procedência ou improcedência da "pretensão", por tratar-se de matéria fora da seara da jurisdição penal, em virtude de expressa disposição legal (art. 128, I e II CP).

Costumeiros e lamentáveis equívocos têm laborado advogados, Juízes e Promotores de Goiânia, Brasília, Belo Horizonte etc. acerca do assunto autorização judicial.

O equívoco assinalado, responsável por tantas incertezas, vem possivelmente da opinião do saudoso Nelson Hungria, em seus célebres comentários ao Código Penal,

que afirma ser conveniente que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado (05).

Paulo José da Costa Junior limita-se, no tema, a colher a orientação do mestre (06).

O mestre Hungria sempre fez escola entre nós, ainda que enfrentando texto claro da lei. Outro exemplo, têmo-lo no tema concurso de pessoas, em crime de infanticídio. Aquele que concorresse para que a mãe, sob a influência do estado puerperal, durante, ou logo após o parto, matasse o próprio filho, não responderia pelo delito de infanticídio, mas por crime autônomo, diverso do infanticídio, o homicídio. Unidade de fato, pluralidade de crimes sem expressa previsão legal, como ocorre nas hipóteses de aborto (arts. 124, 2.^a parte e 126) e bigamia (art. 235, § 1.^o) todos do Código Penal. Era a opinião do Sumo Pontífice do Direito Penal, expressa nas quatro primeiras edições do 5.^o volume, rejeitada por ele mesmo, na 6.^a edição, pág. 266, n.^o 58 (07).

Nesta última edição, publicada após o falecimento do saudoso mestre, edição que contou com comentários de outro saudoso penalista, o Prof. Heleno Fragoso, Hungria revê sua posição acerca do concurso de pessoas e infanticídio (08).

Na literatura nacional só o Prof. Julio Fabbrini Mirabete deu pela nova posição de Nelson Hungria (09) nesta questão do concurso de pessoas no delito de infanticídio.

A matéria concernente à necessidade ou possibilidade de autorização judicial, como condição de licitude do aborto humanitário, expressa-se através de uma redação no texto legal, que a maioria dos autores nem a aborda, por inteira desnecessidade. Chega-se quase a justificar o brocardo: *in claris non fit interpretatio* — James Tubenchlak, na obra citada, é o mais enfático: “Não exige a lei, no ‘aborto necessário’, prévia comunicação ao Poder Público ou autorização judicial”. Quanto ao “aborto sentimental”, idem (10).

Dentre os autores que cuidaram, em suas obras, da autorização judicial, para negar-lhe procedência destaca-se Mirabete pela explicitação com que encarou a matéria (11).

E o médico, que não depende de autorização judicial, nem de processo instaurado contra o estupro, que provoca o aborto, induzindo em erro sobre o estupro pela mulher engravidada, em que situação penal ficaria? Sua conduta, objetivamente típica, porque provocadora do aborto, é atípica por ausência de dolo, em razão de erro de tipo como escreve Julio Fabbrini Mirabete na obra acima citada (12). Paulo José da Costa Júnior, emérito professor da São Francisco, entende que tal hipótese teria a cobertura do erro sobre a ilicitude do fato: art. 21, CP (13). Edgar Magalhães Noronha, grande figura do Ministério Público paulista, de saudosa memória, baseando o aborto na boa-fé do médico, afirmava a ocorrência de isenção de culpa, respondendo a mulher pelo delito do art. 124, 2.^a parte (14). É a posição do ilustre professor paulista e membro do Ministério Público, William Wanderlei Jorge (15).

Encerrando o tópico, a conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre de texto explícito, indicando como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

É questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

4. A autorização judicial teria eficácia descriminalizante?

Autorizado o aborto, via judicial, tal ato seria apto à formação de coisa julgada? A resposta demanda indagação acerca da natureza jurídica desse ato do juiz.

Não se trata de ato processual de feição jurisdicional. Nem a mero despacho de expediente subiria a natureza desse ato.

O ato autorizador, embora de emanção judicial, não se revestindo dos atributos processuais da coisa julgada, por ausente conteúdo jurisdicional, não tem o condão de produzir a descriminalização judiciária, como ocorre em outros casos, tal como o exemplo do estelionato na modalidade de emissão do cheque sem a suficiente provisão de fundos (art. 171, 2.^o, VII CP). A jurisprudência pátria transmudou esse tipo rigorosamente formal em crime material, abrindo espaço para uma ampla descriminalização judiciária, quando se exige, como condição consumativa, o efetivo prejuízo para o sujeito passivo da infração penal. Descriminaliza-se, também, via jurisdicional a Casa de Prostituição (art. 229, CP encarando-se o tipo representativo como um modelo de crime habitual, quando o mesmo, pela estrutura típica com que se apresenta, define-se bem como um exemplo de delito permanente, cuja consumação (art. 303, CPP) facilitaria o exercício dos atos persecutórios, notadamente com a compatibilidade da prisão na flagrância delitiva. Aliás, esse ilícito penal não entrará na próxima legislação, via de descriminalização legislativa, motivada por lobbies, justificando a indagação: quem faz as leis no Brasil?

Ausente a eficácia da descriminalização judicial, no ato do juiz autorizando o aborto por indicação ética, nada impede que a Autoridade Policial instaure, de ofício, inquérito policial ou prossiga na investigação já iniciada, os quais remetidos ao Ministério Público, poderá dar ensejo ao oferecimento da denúncia. Recebida, que pode ocorrer em razão do apelo às vias recursais (art. 581, I, CPP), o resultado do julgamento do Tribunal do Júri poderá ser a condenação do médico no art. 126, CP ao lado da gestante, que responderá pela imputação a título de outra figura penal (art. 124, 2.^a Parte, CP) em razão da incidência do princípio da exceção pluralística à teoria unitária do crime.

5. Conclusões

a) O aborto na mulher, cuja gravidez resultara de estupro, não depende, para configuração de sua licitude, que o médico receba autorização judicial;

b) A chamada autorização judicial não compõe o tipo permissivo excepcional, contido na disposição do art. 128, II do Código Penal;

c) A autorização judicial, erroneamente requerida, e, às vezes concedida, é irrelevante como causa obstativa da persecução penal contra o médico e a gestante, no caso de falsidade do estupro, por não concorrer para a formação da coisa julgada.

Bibliografia

- 1 — Paulo José da Costa Júnior — Comentário ao Código Penal — 2/32
- 2 — Júlio Fabbrini Mirabete — Manual de Direito Penal 2/73
- 3 — Júlio Fabbrini Mirabete — ob. e pág. cit.
- 4 — James Tubenchlak — Tribunal do Júri — Contradições e Soluções — pág. 33, 2.^a edição — 1990

- 5 — Nelson Hungria — **Comentários ao Código Penal** v/313
- 6 — Paulo José da Costa Júnior — **Comentários ao Código Penal** 2/38
- 7 — Nelson Hungria — **Comentários ao Código Penal** v/266
- 8 — Heleno C. Fragoso — (in Nelson Hungria) ob. cit. pág. 542
- 9 — Júlio Fabbrini Mirabete — **Manual de Direito Penal** 2/70
- 10 — James Tubenchlak — ob. e pág. cit.
- 11 — Júlio Fabbrini Mirabete — **Manual de Direito Penal** 2/70
- 12 — Idem — ob. cit. pág. 84
- 13 — Paulo José da Costa Júnior — **Comentários ao Código Penal** — ob. cit. pág. 38
- 14 — Magalhães Noronha — **Direito Penal** 2/61
- 15 — William Wanderley José — **Curso de Direito Penal II** — 130 — 6.^a edição